4 juin 2018

Recommandations relatives à l'audition de l'enfant dans la procédure d'adoption par les couples de même sexe

Andrea Büchler, Prof. Dr. iur., Chaire de droit privé et de droit comparé, Université de Zurich

Michelle Cottier[*]*, Prof. Dr. iur., Département de droit civil, Université de Genève*

Philip D. Jaffé, Prof. Dr. phil., Centre interfacultaire en droits de l'enfant, Université de Genève

Heidi Simoni, Dr. phil., Marie Meierhofer Institut für das Kind, Zurich

Sommaire

I. Introduction 2

II. Particularités de l'adoption de l'enfant du/de la partenaire pour les couples de même sexe 2

1. Adoption dans le cadre d'un projet parental commun 2

2. Adoption de l'enfant au sein d'une famille arc-en-ciel recomposée 4

III. Consentement de l'enfant capable de discernement 5

IV. Audition de l'enfant 5

1. En général 5

2. Audition par l'autorité ou un tiers nommé à cet effet 6

3. Renonciation à l'audition 6

4. Audition de l'enfant « de manière appropriée » 7

5. Procès-verbal d'audition 8

6. Droit de recours de l'enfant 8

Références bibliographiques 8

Audition de l'enfant dans les procédures de droit de la famille 8

Adoption par les couples de même sexe 10

[*] Auteure ressource : Prof. Dr. iur. Michelle Cottier, Faculté de droit, Université de Genève, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, CH-1211 Genève 4, michelle.cottier@unige.ch, tél. +41 22 379 84 42.

I. Introduction

Les présentes recommandations portent sur l'audition de l'enfant dans le cadre de la procédure d'adoption par des couples de même sexe avec enfants.

Entré en vigueur le 1er janvier 2018, le nouveau droit de l'adoption permet à une personne vivant en couple avec une personne de même sexe d'adopter l'enfant de cette dernière, que cette vie de couple soit formalisée par un partenariat enregistré (art. 264c al. 1 ch. 2 CC) ou simplement menée de fait (art. 264c al. 1 ch. 3 CC).

L'audition de l'enfant dans le cadre de la procédure d'adoption est aussi désormais expressément réglée (art. 268a^{bis} CC). Selon cette disposition, l'enfant est entendu personnellement et de manière appropriée par l'autorité cantonale compétente pour la procédure d'adoption ou par un tiers nommé à cet effet, pour autant que son âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas (al. 1). L'enfant capable de discernement doit de plus consentir expressément à l'adoption (art. 265 al. 1 CC).

Sur la base des retours d'expériences interdisciplinaires relatifs à l'audition de l'enfant dans différents contextes en droit de la famille (notamment séparation ou divorce des parents, protection de l'enfant) et des connaissances sur l'intérêt de l'enfant vivant au sein d'un couple de même sexe, des recommandations sont formulées ci-après sur la forme de la participation de l'enfant à la procédure d'adoption dans le cas de parents de même sexe.

II. Particularités de l'adoption de l'enfant du/de la partenaire pour les couples de même sexe

Dans le contexte de couples de même sexe, différentes configurations familiales sont concernées par l'adoption de l'enfant du/de la partenaire. Du point de vue de l'expérience de l'enfant, deux formes peuvent être distinguées.

1. Adoption dans le cadre d'un projet parental commun

Les couples de sexe différent sont reconnus comme parents juridiques dès la naissance de l'enfant dès lors qu'ils sont mariés ou que le père a reconnu l'enfant avant la naissance. Il n'en

est pas ainsi pour les couples de même sexe.[1] Même s'ils planifient la conception de l'enfant ensemble (dans le cadre d'un don de sperme privé, d'un don de sperme médicalement assisté à l'étranger ou d'une gestation pour autrui à l'étranger), les couples de même sexe n'ont pas la possibilité dans le droit suisse d'être juridiquement reconnus comme parents à la naissance de l'enfant. Du point de vue juridique, un seul des parents est reconnu comme tel. Le deuxième parent peut être inconnu, par exemple en cas de recours à un don de sperme à l'étranger, ou bien il s'agit d'une personne qui ne partage pas le quotidien de l'enfant.

Désormais ouvert aux familles arc-en-ciel, l'adoption de l'enfant du/de la partenaire permet aujourd'hui d'établir la filiation au sens juridique avec le deuxième parent de même sexe, à condition toutefois que ce parent ait fourni à l'enfant des soins et ait pourvu à son éducation pendant au moins un an (art. 264 al. 1 CC) et que les parents fassent ménage commun depuis au moins trois ans (art. 264c al. 2 CC).

L'enfant développe une relation proche avec les deux parents, le parent juridique et le parent reconnu uniquement sur le plan social, et les considère comme ses mères ou pères. Ceci se reflète par exemple dans le fait que l'enfant appelle l'une des mères maman et l'autre mummy, ou l'un des pères papa et l'autre daddy.

Dans d'autres pays, cette configuration familiale est protégée juridiquement par la possibilité d'établir un lien de filiation originaire, c'est-à-dire dès la naissance, des deux parents de même sexe. Différentes solutions juridiques existent :[2] (1) La présomption de parenté pour la conjointe ou la partenaire enregistrée de la mère reconnue juridiquement pour avoir donné naissance à l'enfant, (2) la possibilité pour une deuxième mère de reconnaître l'enfant, (3) le transfert de la parenté aux deux pères d'intention avant la naissance de l'enfant en cas de recours à la gestion pour autrui.

---

1 C'est le sexe inscrit au registre de l'état civil qui est déterminant. Une personne trans* ne sera donc juridiquement reconnue comme parent que selon le sexe spécifié dans le registre. Ainsi, un homme trans, considéré comme une personne de sexe féminin sur le plan juridique mais vivant socialement comme une personne de sexe masculin, peut devenir la mère d'un enfant mais ne peut pas obtenir le statut de père.

2 Cf. BÜCHLER/BERTSCHI, Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern? Leihmutterschaft in den USA und die Anerkennung des Kindesverhältnisses in der Schweiz, FamPra.ch 2013, 33 ss. ; COTTIER, Elternschaft im Zeitalter der globalisierten Biotechnologie : Leihmutterschaft, Eizell- und Embryonenspende im Rechtsvergleich, in : Schwenzer/Büchler/Fankhauser (éd.), Siebte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2014, 3 ss. ; REUSS, Möglichkeiten gemeinsamer rechtlicher Elternschaft von zwei Frauen in Deutschland, England, Frankreich und den Niederlanden, FamPra.ch 2015, 858 ss. ; SCHWENZER, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, FamPra.ch 2014, 966 ss.

Or, le droit suisse renvoie les parents de même sexe à la possibilité d'adopter, même si l'enfant est issu de leur projet parental commun. Les parents de même sexe et leurs enfants bénéficient en tout cas du droit au respect de la vie familiale (art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme CEDH).[3]

Durant les premiers mois voire premières années suivant l'ouverture de l'adoption de l'enfant du partenaire aux couples de même sexe, l'adoption concernera en règle général des enfants qui, au vu de leur âge, devraient faire l'objet d'une audition telle que prévue par les lignes directrices du Tribunal fédéral. En revanche, les enfants nés (ou à naître) en 2018 ou plus tard dans le cadre d'un projet parental commun d'un couple de même sexe seront en bas âge au moment de l'adoption (ils auront entre 1 et 3 ans, en fonction de la durée du ménage commun des parents avant leur naissance), et ne seront donc pas auditionnés.

Les enfants nés avant 2018 ne savent pas forcément que le lien qui les unit avec l'un de leurs parents n'était pas protégé juridiquement avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. Cette réalité doit être prise en compte au moment de l'audition.

2. Adoption de l'enfant au sein d'une famille arc-en-ciel recomposée

La deuxième configuration concerne un enfant issu d'une relation (en général hétérosexuelle) antérieure, qui vit et forme une famille avec sa mère et la nouvelle partenaire de celle-ci, ou avec son père et le nouveau partenaire de celui-ci. Pour cette famille arc-en-ciel recomposée, l'adoption est comparable au cas de figure déjà prévu sous l'ancien droit, à savoir l'adoption de l'enfant par le nouveau conjoint hétérosexuel ou la nouvelle conjointe hétérosexuelle de l'un de ses parents. L'enfant a donc le plus souvent deux parents juridiques, dont l'un ne fait pas ménage commun avec lui. L'adoption de l'enfant du/de la partenaire impliquant que l'enfant perd sa filiation à l'égard du parent avec lequel il ne vit plus, le consentement de ce dernier est requis.[4] C'est seulement dans cette configuration qu'il paraît opportun de désigner

---

3 Dans l'arrêt Gas et Dubois c. France, la Cour européenne des droits de l'homme avait statué qu'un couple de même sexe et un enfant pouvaient invoquer le droit au respect de la vie familiale en vertu de l'art. 8 CEDH : liées par un partenariat enregistré, les deux femmes s'occupaient d'un enfant conçu par procréation médicalement assistée et auquel l'une d'elles avait donné naissance. L'enfant n'avait donc de filiation établie qu'à l'égard de sa mère biologique. Arrêt (de la CEDH) Gas et Dubois c. France du 15 mars 2012, n° 25951/07, Recueil CourEDH 2012-II.

4 Quand le message du Conseil fédéral évoque « des situations de conflit et de pression intenses entre les parents biologiques et entre eux et l'enfant » (Message droit de l'adoption, 867) ou encore le risque latent que l'un des parents utilise l'adoption par son nouveau conjoint pour chasser l'autre parent de la vie de son enfant (message droit de l'adoption, 863), c'est de

une personne pour représenter l'enfant dans la procédure d'adoption, en application de l'art. 268a^{ter} CC.

III. Consentement de l'enfant capable de discernement

Comme sous l'ancien droit, le consentement de l'enfant capable de discernement est requis (art. 265 al. 1 CC). Selon la jurisprudence, la capacité de discernement est habituellement considérée comme atteinte à l'âge de 14 ans (ATF 119 II 4; 107 II 22). Aucun seuil d'âge n'a pourtant été fixé, et dans certains cas cette capacité peut être atteinte plus tôt en ce qui concerne l'adoption. Il revient à l'autorité compétente en matière d'adoption d'évaluer la capacité de discernement de l'enfant dans le cadre de son audition.

IV. Audition de l'enfant

1. En général

Le droit de l'enfant d'être entendu est garanti par l'art. 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE), l'al. 2 précisant que l'enfant doit avoir la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié. L'art. 12 CDE est directement applicable en Suisse à toute procédure ayant trait à une question qui concerne l'enfant.

Le droit de l'adoption ne prévoyait pas jusqu'ici une disposition expresse sur l'audition de l'enfant. La doctrine était toutefois unanime pour considérer qu'il était nécessaire d'impliquer l'enfant de façon appropriée dans la procédure. L'audition est désormais expressément réglée par l'art. 268a^{bis} CC. Selon cette disposition, l'enfant est entendu personnellement et de manière appropriée par l'autorité cantonale compétente pour la procédure d'adoption ou par un tiers nommé à cet effet, pour autant que son âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas (al. 1). L'audition fait l'objet d'un procès-verbal (al. 2). L'enfant capable de discernement peut recourir contre le refus de l'entendre (al. 3).

---

toute évidence cette configuration qui est visée (et non pas la situation décrite au point II.1, à savoir le projet parental commun d'un couple de même sexe).

La disposition sur l'audition de l'enfant s'inspirant de l'art. 298 CPC, la doctrine et la jurisprudence relatives à cette disposition ainsi qu'à l'art. 314a CC (audition de l'enfant par l'autorité de protection de l'enfant) peuvent être appliquées par analogie.[5]

2. Audition par l'autorité ou un tiers nommé à cet effet

Selon la jurisprudence, l'audition est en règle générale à mener par l'autorité qui statue et ne doit en tout cas pas être systématiquement déléguée à des tiers. Elle peut être déléguée à titre exceptionnel à une personne formée à cet effet si les circonstances du cas concret le commandent.[6]

3. Renonciation à l'audition

L'enfant doit être entendu, à moins que des motifs importants ne s'y opposent. Il est donc exceptionnellement possible de renoncer à auditionner l'enfant. La loi mentionne l'âge de l'enfant comme motif susceptible de justifier une telle renonciation. Au titre de ligne directrice, le Tribunal fédéral a retenu que l'audition est en règle générale possible dès l'âge de six ans révolus.[7]

La loi contient en outre une clause générale, selon laquelle d'autres justes motifs peuvent permettre de renoncer à l'audition. Il faut comprendre par là qu'il convient de renoncer à l'audition si elle représente un stress excessif pour l'enfant et risque de compromettre son bien-être.[8]

L'audition peut être écartée lorsque l'enfant lui-même la refuse, sans influence extérieure.[9] Auditionner l'enfant contre sa volonté clairement exprimée ne correspond pas au bien de l'enfant. La renonciation à l'audition peut être notamment envisagée dans le cadre d'une adoption basée sur un projet parental construit dès le début en commun. Dans une telle situation, l'adoption n'entraîne aucun changement dans le quotidien de l'enfant ni dans sa cohabitation avec ses parents.

---

5 Cf. notamment ATF 131 III 553 ; 133 III 553 et les références indiquées à la fin des présentes recommandations.

6 ATF 127 III 295, 296 s. ; ATF 133 III 553, 555.

7 ATF 131 III 553, 556 s. ; confirmé à plusieurs reprises, cf. parmi beaucoup d'autres : TF 5A_457/2017 du 4 décembre 2017.

8 ATF 131 III 553, 558, cons. 1.3.

9 ATF 131 III 553, 558, cons. 1.3.1.

Auditionner un enfant encore incapable de discernement quant à la démarche juridique de l'adoption ne peut être conforme à l'objectif de l'audition s'il n'y a aucune réorganisation de la vie familiale, que l'adoption ne fait qu'entériner juridiquement un lien créé avec la naissance de l'enfant, qu'aucun lien de filiation existant ne disparaît parce que le projet parental commun du couple a été réalisé grâce, par exemple, au recours à un don de sperme à l'étranger, et qu'il n'y a pas de relation sociale parent-enfant avec un tiers susceptible d'être affectée par l'adoption. L'audition n'est alors non seulement inutile mais peut être comprise comme l'expression d'une méfiance et comme intervention discriminatoire à l'égard de la famille homoparentale.

4. Audition de l'enfant « de manière appropriée »

Par la formule « de manière appropriée » (art. 268a^{bis} CC), il faut comprendre que l'audition doit être adaptée à l'âge de l'enfant.

D'une manière générale, l'audition d'un enfant exige des **compétences et connaissances dans le domaine de la psychologie du développement et de la communication** que les membres de l'autorité devront acquérir dans le cadre d'une formation adéquate. Il s'agit par exemple d'apprendre des techniques de conduite d'entretien avec un enfant qui permettent de créer un climat de confiance et d'encourager l'enfant avec des supports comme du matériel de dessin ou des jeux. Les questions suggestives sont à éviter, et le niveau de langage doit être adapté au stade de développement de l'enfant. Pour être adaptée à l'enfant, l'audition doit aussi être menée par un seul membre de l'autorité et non par l'ensemble des membres.

L'audition devrait en règle générale être effectuée hors la présence des parents, du représentant de l'enfant ou du curateur. Des exceptions sont possibles, en particulier pour les enfants en bas âge.

Le contenu de l'entretien avec l'enfant découle du sens et du but de l'audition.

L'audition visée à l'art. 268a^{bis} CC a **pour sens et pour but** de voir l'**enfant comme un sujet actif, avec ses propres besoins**. La ligne directrice est le bien de l'enfant, qui doit être pris en compte en priorité dans toutes les questions qui concernent ce dernier : l'enfant est pris au sérieux comme expert de son propre bien-être. Dans le cadre de l'adoption au sein d'une famille arc-en-ciel cela signifie que le **respect de l'enfant, de son expérience et de sa perspective** doit être le **principe directeur**.

Cela signifie tout d'abord que la conduite de l'entretien se base sur les trois principes éthiques généraux que sont la bienfaisance, la non-malfaisance et le respect de la dignité humaine. Le risque pour l'enfant de subir un préjudice émotionnel ou d'être troublé doit être gardé à l'esprit

en permanence pendant l'entretien. En particulier, il convient de ne pas faire pression sur l'enfant pour qu'il réponde à certaines questions.

Il s'agit notamment de laisser à l'enfant **tout loisir pour décrire sa propre famille**. L'idée n'est donc pas de confronter l'enfant à des catégories juridiques qu'il ne connaît pas (par exemple « la partenaire enregistrée de ta mère » au lieu de « ta mummy »), mais plutôt de chercher à savoir quelles personnes l'enfant inclut lui-même dans sa famille et comment il les appelle.

De la même façon, la démarche d'adoption devrait être expliquée à l'enfant d'une façon adaptée à son âge. La personne qui auditionne l'enfant peut lui demander s'il sait pourquoi il y a une audition et s'il a des questions à poser à l'autorité. En aucun cas, l'audition n'a pour but de déconcerter l'enfant en l'informant de façon exhaustive sur le manque de protection juridique des familles arc-en-ciel sous l'ancien droit. L'information fournie doit au contraire mettre en avant l'objectif de l'adoption, qui est de reconnaître le lien de l'enfant avec ses parents de même sexe.

Enfin, il faut définir avec l'enfant quelles déclarations seront consignées dans le procès-verbal, dont les parents auront connaissance.

5. Procès-verbal d'audition

L'audition fait l'objet d'un procès-verbal (art. 268a^{bis} al. 2 CC). Le parent juridique, ou les parents juridiques, et le parent social doivent être informés par l'autorité du résultat de l'audition, oralement ou par écrit.

6. Droit de recours de l'enfant

L'enfant capable de discernement peut recourir contre le refus de l'entendre (art. 268a^{bis} al. 3 CC).

Références bibliographiques

Audition de l'enfant dans les procédures de droit de la famille

MARIE MEIERHOFER INSTITUT FÜR DAS KIND, MMI/ UNICEF SCHWEIZ (éd.), Die Kindesanhörung, Ein Leitfaden für die Praxis im Rechts-, Bildungs- und Gesundheitswesen, Zurich 2014 http://www.unicef.ch/sites/default/files/attachements/unicef_anhoerungsbroschuere_praxis.pdf

BODENMANN/RUMO-JUNGO, Die Anhörung von Kindern, FamPra.ch 2003, 22 ss.

COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observation générale no 12 (2009), Le droit de l'enfant d'être entendu http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx

COTTIER, art. 314a CC, in : Leuba et al. (éd.), CommFam Protection de l'adulte, Berne 2013.

FELDER/NUFER, Richtlinien für die Anhörung des Kindes aus kinderpsychologischer/ kinderpsychiatrischer Sicht gemäss Art. 12 der UNO-Konvention über die Rechte des Kindes, RSJ 1999, 318 ss.

FELDER/STECK, Zusammenwirken von Behörden und Experten bei der Anhörung von Kindern im familienrechtlichen Verfahren, FamPra.ch 2003, 43 ss.

HERZIG, Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, thèse Fribourg, Zurich 2012

BURGER/KARABASHEVA/ZERMATTEN/JAFFÉ, Kinderrechte, Kindeswohl und Partizipation: Empirische Befunde aus einer multimethodischen Studie, in: Mörgen/Rieker/Schnitzer (éd.), Partizipation von Kindern und Jugendlichen in vergleichender Perspektive. Bedingungen – Möglichkeiten –Grenzen, Weinheim/Bâle 2016, 15 ss.

COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants du 17 novembre 2010. https://www.coe.int/fr/web/children/child-friendly-justice

KILDE, Anhörung des Kindes in familienrechtlichen Verfahren, in: FS Rumo-Jungo, Zurich 2014, 205 ss.

PRADERVAND-KERNEN, La position juridique de l'enfant dans la procédure civile, à l'aune de quelques questions particulières, FamPra.ch 2016, 339 ss.

SCHÜTT, Die Anhörung des Kindes im Scheidungsverfahren. Unter besonderer Berücksichtigung des psychologischen Aspekts, Zurich et al. 2002.

SCHWEIGHAUSER, Art. 298 ZPO, in: Schwenzer/Fankhauser (éd.), FamKomm Scheidung, 3e éd., Berne 2017.

SIMONI, Kinder anhören und hören, RDT 2009, 333 ss.

STECK, Art. 298 ZPO, in: Spühler/Tenchio/Infanger (éd.), Basler Kommentar Zivilprozessordnung, Bâle 2017.

STÖSSEL/GERBER JENNI, Partizipation des Kindes als Voraussetzung für einen wirksamen Kindesschutz, FamPra.ch 2012, 335 ss.

ZERMATTEN, Schutz versus Mitsprache des Kindes? Überlegungen zum Spannungsfeld zwischen Art. 3 und 12 der UNO-Kinderrechtskonvention (KRK), RDT 2009, 315 ss.

Adoption par les couples de même sexe

BÜCHLER, Sag mir, wer die Eltern sind…, Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, PJA 2004, 1175 ss.

COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation CM/Rec(2010)5 aux Etats membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre du 31 mars 2010.

COPUR, Gleichgeschlechtliche Partnerschaft und Kindeswohl, Berne 2008.

FUNCKE/THORN (éd.), Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern. Interdisziplinäre Beiträge zu einer neuen Lebensform, Bielefeld 2015.

GROSS, Qu'est-ce que l'homoparentalité ?, Paris 2012.

LOMBARD, La filiation pour les couples de même sexe sous l'angle du bien de l'enfant, FamPra.ch 2017, 725 ss.

NAY, Was sagt die Wissenschaft zu ‚Regenbogenfamilien'? Eine Zusammenschau der Forschung, Bâle 2018. https://www.regenbogenfamilien.ch/fakten/

REUSS, Möglichkeiten gemeinsamer rechtlicher Elternschaft von zwei Frauen in Deutschland, England, Frankreich und den Niederlanden, FamPra.ch 2015, 858 ss.

RUMO-JUNGO, Kindesverhältnisse im Zeitalter vielfältiger Familienformen und medizinisch unterstützter Fortpflanzung, FamPra.ch 2014, 838 ss.

RUPP (éd.), Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften, Cologne 2009.

SCHWENZER, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, FamPra.ch 2014, 966 ss.

SIMONI, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten „Kindeswohl, Familie und Elternschaft" im Fortpflanzungsmedizingesetz, Zurich 2012.